



Roj: **STS 3660/2024 - ECLI:ES:TS:2024:3660**

Id Cendoj: **28079120012024100666**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2024**

Nº de Recurso: **11286/2023**

Nº de Resolución: **698/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 698/2024

Fecha de sentencia: 03/07/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 11286/2023 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/06/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sala Civil y Penal TSJ de Navarra

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 11286/2023 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 698/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 3 de julio de 2024.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, la **COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA**, el **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA** y la representación legal de la acusación particular **LA VÍCTIMA**, frente al Auto 18/23, de 11 de septiembre de 2023 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra resolutorio del recurso de apelación (Rollo de apelación 25/2023) formulado frente al Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra, que denegó la revisión de la condena impuesta al penado Don Higinio por Sentencia de esa misma Sala y Sección núm. 38/2018, de 20 de marzo de 2018 y modificada en apelación por la Sentencia 8/2018, de 30 de noviembre de 2018 dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra al estimarse en parte los recursos formulados. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento: como recurrentes el Ministerio Fiscal, la Comunidad Foral de Navarra, el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona representados ambos por sus respectivos Letrados, y la acusación particular la Víctima del delito representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana María Alonso de Benito y defendida por la Letrada Doña Teresa Hermida Correa; y como recurrido en condenado Don Higinio representado por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Jiménez Lopez de Lemus y defendido por el Letrado Don Agustín **Martínez** Becerra.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra, en el procedimiento ordinario 426/2016 seguido por delito de agresión sexual contra D. Julián , D. Higinio , D. Lázaro , D. Leonardo y D. Leovigildo , dicta Auto de fecha 2 de febrero de 2023 resolviendo la solicitud de revisión formulada por el penado Don Higinio , **cuya parte dispositiva** es la siguiente:

"En atención a lo expuesto, esta Sala acuerda, que **NO PROCEDE** la revisión de la pena de 15 años de prisión impuesta al Sr. Higinio .

Notifíquese esta resolución al penado, su representación procesal y al Ministerio Fiscal, así como al resto de partes personadas, haciéndoles saber que contra la presente resolución que resuelve el incidente de revisión de sentencias le es aplicable el mismo régimen de recursos que cabía interponer contra la sentencia revisada, motivo por el que frente la misma cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN**, en término de **DIEZ DIAS** contados desde el siguiente a su notificación, a resolver por el TSJ de Navarra".

SEGUNDO.- Frente a dicha resolución se formula **recurso de apelación** (Rollo de apelación autos de instrucción núm. 25/2023) que fue resuelto por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Navarra por Auto 18/2023, de 11 de septiembre de 2023, cuya **Parte dispositiva** es la siguiente:

"Primero. - Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Canto, en nombre y representación del penado, D. Higinio .

Segundo. - Revocar el auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra el 2 de febrero de 2023 en la ejecutoria penal nº 20/2019, dejándolo sin efecto.

Tercero. - Estimar la petición de revisión de condena promovida por la citada representación procesal y sustituir la pena de prisión impuesta al recurrente Sr. Higinio en la sentencia ejecutoria por el delito continuado de agresión sexual de 15 años por la pena de 14 años de prisión.

Cuarto. - Declarar de oficio las costas causadas en la presente apelación.

Quinto. - Notificar a las partes esta resolución y su voto particular, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que habrán de preparar mediante escrito autorizado por abogado y procurador y presentado ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución a las representaciones procesales, a tenor de los artículos 855 y 856 de la misma Ley.

Así lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sr./Sra. Magistrados que al margen se expresan; habiéndose formulado por la Ilma. Sra. Magistrada doña Esther Erice Martínez voto particular que se unirá a la presente resolución y se notificará con ella".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por infracción de Ley por el **MINISTERIO FISCAL**, la **COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA**, el **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA** y la **representación legal de la acusación particular LA VÍCTIMA**, que se



tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por el **MINISTERIO FISCAL** se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN:**

Motivo único.- Por infracción de ley del art. 849, 1º de la LECrim por aplicación indebida de los artículos 178, 179, 180, 1 y 2 y 74 del Código Penal en su redacción dada por la LO 10/2022 e indebida inaplicación de los arts. 178, 179, 180, 1 y 2 y 74 del C. Penal vigente en el momento de comisión de los hechos, y art. 2.2 de dicho texto legal.

El recurso de casación formulado por la **COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA**, se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN:**

Motivo único.- Infracción de ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que, dados los hechos que se declaran probados en el auto que se recurre, se han infringido los artículos, 178, 179, 180.1 y 181 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en su redacción anterior a la Ley Orgánica 10/2022, o bien en su redacción dada a los mismos por esta última, e infracción del artículo 2.2 y disposición transitoria quinta del Código Penal, y del artículo 9.3 de la Constitución Española, al haberse procedido a la revisión de la condena, reduciendo indebidamente la duración de la pena impuesta.

El recurso de casación formulado por el **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA**, se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN:**

Motivo único.- Entiende esta parte que el Auto por el que se acuerda estimar la petición de revisión de condena del Sr. Higinio en la Sentencia ejecutoria por un delito continuado de agresión sexual de 15 años por la pena de 14 años, ha infringido los artículos 178, 179 y 180 del Código Penal, según la redacción de la Ley orgánica 15/2003, al entender que no se debería haber procedido a revisar la pena impuesta por el delito continuado de agresión sexual.

El recurso de casación formulado por la representación legal de **LA VÍCTIMA**, se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN:**

Motivo único.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim por aplicación indebida de los artículos 178, 179 y 180 del Código Penal en su redacción dada por la LO 10/2022 e indebida inaplicación de los arts. 178, 179 y 180 del Código Penal vigente en el momento de comisión de los hechos, y consecuentemente, indebida inaplicación del artículo 66.1.6ª del mismo texto legal para la determinación de la pena de prisión impuesta, con indebida inaplicación del art. 2.2 de dicho texto legal y Disposición Transitoria Quinta de la LO 10/95 reguladora del nuevo Código Penal y art. 9.3 de la C.E.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 12 de junio de 2024; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por diversos recurrentes se ha interpuesto recurso de casación contra el Auto de fecha 11 de septiembre de 2023, dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictado en el rollo 25/2023 que estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del penado Higinio contra el Auto de fecha 2 de febrero de 2023, pronunciado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra que denegó la revisión de la pena impuesta en la Sentencia núm. 344/19 dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 2019.

La representación procesal del Ministerio Fiscal formaliza un motivo único, por estricta infracción de ley del art. 849, 1º de la LECrim por aplicación indebida de los artículos 178, 179, 180, 1 y 2 y 74 del Código Penal en su redacción dada por la LO 10/2022 e indebida inaplicación de los arts. 178, 179, 180, 1 y 2 y 74 del C. Penal vigente en el momento de comisión de los hechos, y art. 2.2 de dicho texto legal.

La Administración de la Comunidad Foral de Navarra, también formaliza un motivo único en parecidos términos, concretamente por infracción de ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que, dados los hechos que se declaran probados en el auto que se recurre, se han infringido los artículos, 178, 179, 180.1 y 181 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en su redacción anterior a la Ley Orgánica 10/2022, o bien en su redacción dada a los mismos



por esta última, e infracción del artículo 2.2 y disposición transitoria quinta del Código Penal, y del artículo 9.3 de la Constitución Española, al haberse procedido a la revisión de la condena, reduciendo indebidamente la duración de la pena impuesta.

El Excmo. Ayuntamiento de Pamplona ha señalado al formalizar su recurso que "entiende esta parte que el Auto por el que se acuerda estimar la petición de revisión de condena del Sr. Higinio en la Sentencia ejecutoria por un delito continuado de agresión sexual de 15 años por la pena de 14 años, ha infringido los artículos 178, 179 y 180 del Código Penal, según la redacción de la Ley orgánica 15/2003, al entender que no se debería haber procedido a revisar la pena impuesta por el delito continuado de agresión sexual".

La Víctima igualmente plantea un motivo único por infracción de ley del art. 849.1º de la LECrim por aplicación indebida de los artículos 178, 179 y 180 del Código Penal en su redacción dada por la LO 10/2022 e indebida inaplicación de los arts. 178, 179 y 180 del Código Penal vigente en el momento de comisión de los hechos, y consecuentemente, indebida inaplicación del artículo 66.1.6ª del mismo texto legal para la determinación de la pena de prisión impuesta, con indebida inaplicación del art. 2.2 de dicho texto legal y Disposición Transitoria Quinta de la LO 10/95 reguladora del nuevo Código Penal y art. 9.3 de la C.E.

Todos los recurrentes entienden que la rebaja operada por el Tribunal Superior fue meramente aritmética, obviando todas aquellas circunstancias que la Sala Segunda valoró para imponer esa pena de 15 años, y presumiendo además la decisión que en su caso hubiera tomado el Tribunal sentenciador.

SEGUNDO .- Para resolver este recurso, hemos de partir del fallo condenatorio dictado en la Sentencia número 344/2019 de fecha 04 de julio de 2019, por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en el recurso de casación núm. 396/2019, por la que se condenó, entre otros, a Higinio como autor penalmente responsable en concepto de autor de un delito continuado de violación de los arts. 178 y 179 del Código Penal, con las agravaciones específicas del art. 180.1. 1ª y 2ª, a la pena de 15 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de acercamiento a la denunciante durante 20 años, a su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, y a 8 años de libertad vigilada, debiendo indemnizar conjunta y solidariamente a la víctima por este delito en la cantidad de 100.000 euros.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual -hoy modificada por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril-, por la representación procesal del citado penado se solicitó a la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, en la Ejecutoria Penal 20/19, la revisión de la pena de prisión que le fue impuesta en Sentencia firme, bajo el argumento de que la precitada Ley Orgánica ha reducido notablemente las penas mínimas de prisión para tipos legales exactamente idénticos a los que fueron objeto de condena en la causa, interesando el penado la reducción de la pena de prisión que le fue impuesta, solicitando sea fijada la misma en 13 años y 9 meses.

Por Auto de fecha 2 de febrero de 2023, la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, declaró no haber lugar a la revisión de la pena de 15 años impuesta al Sr. Higinio . En el último párrafo del F. Dº Cuarto del precitado Auto, la Audiencia expresaba lo siguiente: " *Como vemos, se verifica por el Alto Tribunal una minuciosa labor de individualización, y por lo que a efectos de resolución de la pretensión de revisión formulada aplicando los criterios de individualización tomados en consideración, la pena de 15 años de prisión en su momento impuesta al Sr. Higinio , resulta igualmente susceptible de imposición con arreglo a la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual*".

Elevados los autos al Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, para la resolución del recurso de apelación interpuesto por la representación del penado contra el Auto dictado por la Audiencia Provincial en fecha 2 de febrero de 2023, frente al que se formuló oposición por parte del Ministerio Fiscal, por la representación de la Víctima, por la representación del Ayuntamiento de Pamplona y por el Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de Navarra, se dictó Auto número 18 de fecha 11 de septiembre de 2023 (Recurso de Apelación número 25/23), por el que estimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de Higinio , se acordó revocar el Auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra de 2 de febrero de 2023, dejándolo sin efecto, y estimando la petición de revisión de condena promovida por el penado, se acordó sustituir la pena de prisión que le fue impuesta en Sentencia firme dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 15 años, por la pena de 14 años de prisión.

En el citado Recurso de Apelación número 25/23 se dictó Voto Particular, en el que, tras exponer los Fundamentos de Derecho oportunos, se consideraba razonable la desestimación del recurso de apelación planteado por el penado y la confirmación del Auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, al entender que la pena de prisión que le fue impuesta de 15 años, no resulta más gravosa que la



que también resulta imponible en aplicación de la modificación introducida por la LO 10/2022, manteniendo los criterios de determinación expuestos en la sentencia objeto de ejecutoria penal.

Según recoge el F. Dº Quinto del Auto impugnado, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra: "*Partiendo de una horquilla penológica comprendida entre los 14 años, 3 meses y 1 día y los 18 años de prisión, el Tribunal Supremo, terminó imponiendo al acusado la pena privativa de libertad de 15 años de prisión.*"

Motivando la individualización de la pena y su concreta fijación con una duración 9 meses superior al mínimo legal, el Tribunal se expresó así: "La citada extensión de la pena impuesta -15 años de prisión-, se encuentra muy próxima al mínimo legal, y estimamos que la misma resulta proporcionada a las circunstancias personales de los acusados y a la gravedad del hecho (art. 66, 1ª), con arreglo a la descripción que se contiene el factum de la sentencia. Siendo uno de los factores a tener en cuenta para valorar esa gravedad, la conducta de los reos posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación o no del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad (STS 5/2019, de 15 de enero).

En efecto, los hechos son muy graves, y la actitud de los acusados posterior a los mismos que se describe en la sentencia aumenta la culpabilidad del injusto, o la antijuridicidad de su conducta, lo que justifica la imposición de una pena superior al mínimo legalmente previsto, aunque muy cercana al mismo".

La sentencia justifica argumentalmente esa limitada exasperación de la pena sobre el mínimo legal, argumentando que es proporcionado a las circunstancias personales de los acusados y a la gravedad de los hechos; pero, también, que su resultado (la duración de la pena impuesta) "se encuentra muy próxima al mínimo legal", para reiterar a continuación que la consideración de esas circunstancias "justifica la imposición de una pena superior al mínimo legalmente previsto, aunque muy cercana al mismo". En concreto, en una horquilla de [14 años y 3 meses], incrementa la pena en 9 meses. La duración de la pena impuesta se vincula al "mínimo legal" haciendo de su "proximidad" o "cercanía" a él un parámetro o criterio de referencia del que no puede prescindirse en la revisión de la pena, siendo como debe ser respetuosa con los criterios de individualización de la pena aplicados en la sentencia condenatoria.

En suma, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, el máximo continúa inalterado, pero el mínimo desciende 1 año y 3 meses, pasando de 14 años, 3 meses y 1 día a 13 años. En consecuencia, los 15 años de prisión impuestos quedan 2 años por encima del mínimo posible que, efectivamente, están dentro del arco penológico posible, pero que, a juicio de la mayoría de esta Sala, ya no cumple el parámetro fijado por el Tribunal Supremo en su sentencia cuando calificaba la pena impuesta como "muy próxima al mínimo legal", o como "pena superior al mínimo legalmente previsto, aunque muy cercana al mismo".

TERCERO .- Este Tribunal Supremo en la STS 344/2019, de 4 de julio, se expresó así: "*La citada extensión de la pena impuesta -15 años de prisión-, se encuentra muy próxima al mínimo legal, y estimamos que la misma resulta proporcionada a las circunstancias personales de los acusados y a la gravedad del hecho (art. 66, 1ª), con arreglo a la descripción que se contiene el factum de la sentencia. Siendo uno de los factores a tener en cuenta para valorar esa gravedad, la conducta de los reos posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación o no del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad (STS 5/2019, de 15 de enero).*"

En efecto, los hechos son muy graves, y la actitud de los acusados posterior a los mismos que se describe en la sentencia aumenta la culpabilidad del injusto, o la antijuridicidad de su conducta, lo que justifica la imposición de una pena superior al mínimo legalmente previsto, aunque muy cercana al mismo".

Contemplando todos y cada uno de esos matices, y valorándolos de forma concreta la sentencia condenatoria determina que la pena, dentro de la horquilla legal establecida, debe ser muy cercana al mínimo legal previsto. No cabe duda, que la expresión "*muy cercana al mínimo*", refiriéndose a la pena, tiene un marcado sentido de la intención última de la Sala sentenciadora y que solo puede interpretarse desde la propia literalidad de dicho texto judicial.

CUARTO .- Hemos dicho con reiteración que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, es ley más favorable que la regulación anterior de carácter punitivo constituida por el Código Penal con sus últimas reformas. Sobre esto no hay duda alguna, y buena prueba de ello fue que el propio legislador modificó su inicial conceptualización penológica para elevarla, a la vista de la realidad social y las revisiones que se estaban produciendo.

Para resolver este recurso, debemos naturalmente atenernos a los criterios uniformes dispuestos en la Sentencia de Pleno 473/2023, de 15 de junio y la STS, igualmente de Pleno, 523/2023, de 29 de junio.



Dentro de dichos criterios ya se encontraba una línea jurisprudencial que fue confirmada en Pleno, respecto a la cual *"no cabe duda que una pena de seis a doce años de prisión, es menos grave que una pena de ocho a doce"* (STS 45/2023, de 1 febrero); y que *"es claro que al ser menor la cifra del límite inferior, la nueva previsión legal ha de considerarse más favorable"* (STS 995/2022, de 22 diciembre).

De ahí se extrae que el concepto de pena imponible, en donde descansa toda la argumentación del Audiencia, no es el criterio tomado en consideración por el Pleno, sino el más apegado con el caso enjuiciado, que lo es la pena individualizada conforme a los criterios expresados por el Tribunal sentenciador. Por ello, es esencial respetar el criterio de dosimetría penológica que tomó en consideración el Tribunal sentenciador.

En nuestro caso, es claro que el Tribunal Supremo situó la pena muy poco por encima de su umbral mínimo. En concreto dijo lo siguiente: *"... lo que justifica la imposición de una pena superior al mínimo legalmente previsto, aunque muy cercana al mismo"*.

Veamos ahora los arcos penológicos que entraban en juego para verificar dicha operación. La pena imponible con el marco penológico anterior, eran: *14 años, 3 meses y 1 día a los 18 años de prisión*. El nuevo marco penológico es de: *13 años y 1 día a los 18 años de prisión*.

De ello se deriva que el Tribunal sentenciador, que lo fue el Tribunal Supremo, impuso 9 meses por encima del mínimo, aplicando tal criterio de individualización penológica que expresó así (pena "muy cercana" al mínimo legalmente previsto), situándola en 15 años de prisión. Y muy cercana fue, naturalmente, elevarla en solamente nueve meses de prisión por encima de su mínimo.

Dicha pena (15 años) es ahora, con la nueva regulación, dos años más que el mínimo imponible. Luego la nueva ley es más favorable para el acusado porque ha bajado 1 año y 3 meses el umbral mínimo imponible, y mantiene el mismo techo.

En consecuencia, el criterio que expresa el Tribunal Superior de Justicia "a quo" es razonable, y ajustado a los criterios expresados en nuestro Pleno jurisdiccional, que se tradujo en lo expresado en nuestra STS 473/2023. No hay por qué corregir una interpretación que está perfectamente argumentada, se apega a la ley y ha sido motivada, sustituyendo su criterio por el nuestro. En definitiva, se fija la pena por encima del mínimo (aunque cercano al mismo), que era lo que expresó el Tribunal Supremo.

En realidad, el Tribunal Superior de Justicia "a quo" no lleva a cabo un ajuste matemático, sino proporcional. De haberse tratado de una estricta operación aritmética, la pena resultante hubiera sido la prisión de 13 años y 9 meses (ese ajuste matemático era precisamente lo que pedía el condenado), sino 14 años de prisión, tomando en consideración la completa amplitud de la horquilla penológica, pero también el criterio del Tribunal sentenciador (el Tribunal Supremo) que declaró que la pena había que situarla muy cercana a su mínimo legal.

En consecuencia, no existe infracción de ley. De otro modo, estaríamos corrigiendo un criterio perfectamente legal, razonado, y adecuado a las consideraciones penológicas que resultan de la fijación de la pena según nuestra jurisprudencia.

Significa ello que no pueden hacerse diferencias entre este caso, por más que sea particularmente mediático, y los cientos de casos que han sido analizados por esta Sala Casacional, en donde de forma muy reiterada se ha declarado que el marco penológico instaurado por la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, es más beneficioso que la regulación anterior.

En suma, la rebaja que toma (también) en consideración parámetros matemáticos visualiza mejor los parámetros penológicos de las leyes en comparación, y pone de manifiesto las magnitudes de ambos marcos normativos, lo que debe ponerse en relación con la voluntad del Tribunal sentenciador de imponer la pena en un determinado quantum que habrá de ser valorado en consideración a la gravedad intrínseca de los hechos, operación que pertenece en exclusiva a dicho órgano judicial y que no puede arrebatárselo el órgano de la revisión, el cual debe seguir dicho criterio sin apartarse del mismo. De modo que el arco penológico en comparación de ambas leyes que se suceden en el tiempo, y el criterio expresado por el Tribunal sentenciador son dos elementos imprescindibles de la ecuación que dará como consecuencia un resultado, que no puede ser otro que valorar si la nueva ley es más favorable o no para el reo, y actuar en consecuencia.

Por el contrario, la Audiencia Provincial expresó su criterio de mantener la condena impuesta por este Tribunal Supremo sobre la exclusiva base jurídica de que la pena resultaba igualmente imponible con el nuevo marco punitivo, lo que suponía la estricta aplicación de la Disposición Transitoria 5ª del Código Penal, aspecto éste sobre el que este Tribunal Supremo ya declaró en el citado Pleno que no era procedente, sino la exclusiva aplicación del art. 2.2 del Código Penal, con todas sus consecuencias.

En suma, consideramos razonable, como hemos dicho, el argumento del Tribunal Superior de Justicia "a quo", conforme al cual, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, el máximo continúa inalterado, pero el



mínimo desciende 1 año y 3 meses, pasando ese mínimo de los 14 años, 3 meses y 1 día (anteriores) a 13 años (vigentes). En consecuencia, los 15 años de prisión impuestos quedan 2 años por encima del mínimo posible que, efectivamente, están dentro del arco penológico imponible, pero que ya no cumplen con el parámetro fijado por el Tribunal Supremo en su sentencia cuando calificaba la pena impuesta como " *muy próxima al mínimo legal*", o como " *pena superior al mínimo legalmente previsto, aunque muy cercana al mismo*".

Dicho de otro modo, una pena que conserva el mismo techo, pero que su mínimo es un año y tres meses inferior al anterior marco normativo, no puede ser de igual magnitud penológica que la derogada, esto parece indiscutible, pero no se detiene ahí la argumentación del Auto recurrido, sino que mantiene que, conforme al criterio expresado por este Tribunal Supremo, la pena se ha de situar en cuantía muy próxima al mínimo legal (o como también se expresó "muy cercana al mismo"), razón por la cual la revisión venía impuesta por tal criterio del citado órgano judicial sentenciador, sin operar sobre los nueve meses por encima del mínimo como lo había situado el Tribunal Supremo, y como pedía el recurrente, sino en un año más por encima del mínimo, de modo que pasó de 13 a 14 años de prisión el resultado de tal operación penológica de revisión, operación que aquí no se ve razón alguna para rectificar.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

QUINTO .- Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales a las partes recurrentes (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), a excepción del Ministerio Fiscal, dada su posición institucional, y lo determinado por dicho precepto legal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, la **COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA**, el **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA** y la representación legal de la acusación particular **LA VÍCTIMA** frente al Auto 18/23, de 11 de septiembre de 2023 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra.

2º.- CONDENAR a la **COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA**, al **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA** y la representación legal de la acusación particular **la VÍCTIMA**, al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus recursos.

Declarar de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por el recurso del **MINISTERIO FISCAL**.

3º.- COMUNICAR la presente resolución al Tribunal Superior de Justicia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.